

7 Les enjeux de la distinction entre appel à projets et marché public

Cyrille BARDON,
avocat associé,
Cabinet Bardon & de Fay

CONTEXTE

Dépourvu de définition juridique, l'appel à projets trouve ses origines dans le flou existant entre le concours au financement d'un projet privé, par l'octroi de subventions et le paiement d'une prestation dans le cadre des règles de la commande publique. Procédure de consultation préparatoire définie par la collectivité publique, l'appel à projets vise à sélectionner les différents projets préalablement à la conclusion d'une convention de subventionnement et donc à l'attribution de l'aide publique.

Les avantages du recours à l'appel à projets sont nombreux. Il implique d'abord de définir préalablement une politique en matière d'octroi des aides publiques dans un secteur déterminé. Il permet ensuite d'atténuer le caractère discrétionnaire de l'octroi de subvention en assurant une plus grande transparence quant au choix du projet financé, tout en stimulant l'initiative des opérateurs privés.

Ce procédé n'est toutefois pas sans danger, puisque plane sur lui un risque de requalification en marché public, ou le cas échéant, en délégation de service public, et par conséquent, l'application des règles de publicité et de mise en concurrence.

Pour distinguer l'appel à projets du marché public, la jurisprudence s'est attachée à élaborer un faisceau d'indices. C'est ainsi que l'appel à projets peut se voir requalifier en marché public dès lors que le pouvoir adjudicateur est à l'initiative du projet (A), et que la subvention correspond à un prix versé en contrepartie de prestations visant à satisfaire un besoin individualisé de la collectivité (B).

COMMENTAIRES

A. - Le critère de l'initiative du projet

Issu de la jurisprudence (CE, avis, 18 mai 2004, n° 370169, *Cinémathèque française*), le critère de l'initiative est en principe regardé comme le critère prépondérant de la distinction entre marché public et appel à projets.

Ainsi que le souligne la circulaire du 18 janvier 2010 (NOR : PRMX1001610C), le marché public se distingue de l'appel à projets en ce que « l'initiative n'appartient pas à l'association, mais à la collectivité, qui cherche ainsi à répondre à un de ses besoins : l'association est alors un prestataire de la collectivité ».

Dès lors que l'initiative du projet cofinancé par la collectivité provient du seul bénéficiaire de la subvention, l'appel à projets échappera à la qualification de marché public ou de convention de délégation de service public. En revanche, et dès lors qu'il s'avère que l'initiative réelle du projet revient à la collectivité publique, le juge administratif pourra procéder à la requalification du contrat (CE, 23 mai 2011, n° 342520, *Cne Six-Fours-les-Plages* : *JurisData* n° 2011-009530 ; *Rec. CE* 2011, p. 255).

Si le critère de l'initiative ne semble *a priori* plus poser de difficulté, reste que dans le cadre d'un appel à projets, l'identification même de l'initiative s'avère souvent délicate. En effet, il convient de distinguer l'initiative de l'appel à projets – laquelle émane nécessairement de la collectivité – de l'initiative du projet en tant que tel. Pour le dire autrement, la mise en œuvre du critère de l'initiative suppose d'identifier la personne à l'origine de la suggestion du projet mais aussi de sa conception et de son élaboration.

Par voie de conséquence, et pour échapper à la requalification, la collectivité doit se borner à définir, à travers l'appel à projets, une thématique générale pour laquelle il incombe au

seul prestataire de déterminer une proposition. À l'inverse, si la collectivité qui met en œuvre l'appel à projets détermine elle-même précisément les traits du futur projet qu'il appartiendra au prestataire de réaliser, l'initiative sera regardée comme émanant de la collectivité.

Néanmoins le critère de l'initiative est loin d'être univoque, en tout cas caricatural : le lancement d'une procédure, quelle qu'elle soit, témoigne d'une initiative. Il doit se lire en liaison avec la définition des besoins (cf. *infra*). À l'inverse on le sait, lorsque le prestataire revêt les traits d'une association transparente ou para-administrative, le seul fait que l'initiative appartienne à l'association contractante n'exclut plus nécessairement la qualification d'un contrat en marché public ou en délégation de service public (CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, *Cne Aix-en-Provence* : *JurisData* n° 2011-009530 ; *Rec. CE* 2007, p. 155).

B. - Le versement d'un prix en contrepartie de la satisfaction d'un besoin propre

Intellectuellement et juridiquement étroitement lié à l'initiative du projet, le second critère du faisceau d'indices consiste à rechercher si la collectivité a entendu répondre à l'un de ses propres besoins, en rémunérant son cocontractant par un prix. Ce critère fait l'objet d'une large interprétation par la jurisprudence qui retient les besoins directs mais également indirects. Le juge administratif procède en effet à la requalification de l'appel à projets dès lors que le projet mis en œuvre par l'organisme cocontractant s'inscrit dans le cadre des compétences de la collectivité, ou entend satisfaire les besoins des administrés (CE, 26 mars 2008, n° 284412, *Région de la Réunion* : *JurisData* n° 2008-073312 ; *Rec. CE* 2008, p. 114). Dans la même logique, le projet peut implicitement être regardé comme une prestation répondant aux besoins du

pouvoir adjudicateur lorsque des obligations précises sont mises à la charge des organismes au stade de l'appel à projets.

Enfin, l'appel à projets pourra se voir requalifier en marché public en présence d'un lien direct entre la subvention et le service rendu. Ce dernier critère tend à identifier une corrélation entre la valeur économique de la prestation réalisée et le montant de l'aide financière accordée par la collectivité. À la différence des deux précédents critères, le juge administratif ne se place pas en amont du lancement de l'appel à projets, mais au stade de l'octroi de la subvention accordée.

L'intérêt de ce dernier critère consiste à distinguer la notion de subvention – laquelle se borne à concourir au financement du projet – de la notion de rémunération qui suppose pour sa part le versement d'un prix au prestataire, en adéquation avec le service rendu.

Une nouvelle fois ce critère est interprété largement par le juge administratif. La subvention peut ainsi être requalifiée en

prix quand bien même l'aide accordée ne prendrait pas en compte l'intégralité des frais exposés par le prestataire pour la conception et la mise en œuvre du projet.

Concrètement, deux éléments sont de nature à révéler la corrélation entre le prix de la prestation et la subvention accordée à la collectivité. Il s'agit d'abord des avantages immédiats que pouvait retirer la collectivité du fait de la réalisation de la prestation. Il convient ensuite de regarder si des mécanismes de rétrocession sanctionnant une utilisation non conforme de l'aide accordée sont introduits dans la convention, auquel cas la subvention sera susceptible d'être requalifiée de rémunération.

Toutefois, et nonobstant l'intérêt que présente ce dernier critère, il n'en reste pas moins que l'existence d'un lien entre la valeur économique de l'action mise en œuvre par l'organisme et l'avantage retiré par la collectivité compte tenu du montant de l'aide accordée demeure délicate à apprécier.

RECOMMANDATIONS

Le recours à l'appel à projets nécessite de prendre certaines précautions, et tout est question de mesure.

En ce qui concerne les collectivités territoriales, la clause générale de compétence aura tendance à faire réputer comme un besoin propre les initiatives qu'elle voudra appuyer, rendant difficile la distinction des politiques d'intérêt général qu'elle compte mener, des besoins qui sont les siens et qu'elle se doit de satisfaire, qui relèvent pour leur part du droit de la commande publique.

Il reviendra donc de veiller à faire œuvre de retenue dans la définition du projet par la personne publique, afin de laisser la plus grande marge aux initiatives privées qui répondront.

Il est également conseillé de déterminer préalablement le montant de l'aide accordée eu égard à l'enveloppe consacrée pour cette politique. En définissant le montant de la subvention

lors du choix du projet, la collectivité prend en effet le risque que le montant de l'aide versée ne soit pas dépourvue de tout lien avec la valeur économique de la prestation réalisée.

Enfin, les clauses de la convention de subventionnement ne devront pas prévoir, au chapitre du contrôle de l'emploi des fonds, de mécanismes à ce point précis qu'ils aboutiraient à lier le montant de l'aide versé au service effectivement rendu.

En tout état de cause, il appartient naturellement à la collectivité, en cas de doute, de suivre la procédure la plus rigoureuse et ainsi de faire application des règles de publicité et de mise en concurrence.

Mots-Clés : Appel à projets - Subvention - Marchés publics - Requalification

JurisClasseur : Administratif, Fasc. 650

Pour aller plus loin

TEXTES

- Circ. 18 janv. 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations : conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément – NOR : PRMX1001610C

JURISPRUDENCE

- CE, 23 mai 2011, n° 342520, Cne Six-Fours-les-Plages : JurisData n° 2011-009530 ; Rec. CE 2011, p. 255
- CE, 26 mars 2008, n° 284412, Région de la Réunion : JurisData n° 2008-073312 ; Rec. CE 2008, p. 114
- CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, Cne Aix-en-Provence : JurisData n° 2007-071735 ; Rec. CE 2007, p. 155
- CE, 29 nov. 1999, n° 202685, Féd. formation professionnelle : JurisData n° 1999-051347 ; Rec. CE 1999, tables, p. 935

- CE, avis, 18 mai 2004, n° 370196, Cinémathèque française
- CAA Bordeaux, 21 juin 2011, n° 10BX01717, Région du Limousin : JurisData n° 2011-014462

BIBLIOGRAPHIE

- B. Koebel, Appels à projets : gare à la qualification ! : JCP A 2012, 2270
- C. Prébissy-Schnall, Marchés publics et subventions : un risque de plus en plus grand de requalification : Contrats, conc. consom. 2011, comm. 220
- M.Y. Benjamin et R. Bonnefont, Quel avenir pour la procédure d'appel à projets ? : AJDA 2010, p. 474
- J.D. Dreyfus, La toujours délicate distinction entre subvention et marché : AJDA 2008, p. 1152
- Rép. min. n° 12009 : JO Sénat Q 26 août 2004, p.1937